

O PROCESSO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM ECONÔMICA E JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO

Ruy dos Santos Siqueira*

Resumo: Este trabalho analisa os aspectos teóricos e ideológicos do processo de institucionalização e dominação da ordem econômica e jurídica na estruturação da ordem social e estatal e de seus mecanismos de representação simbólica. Questiona o caráter utópico da proposta da teoria do Estado representativo, mostrando a inviabilidade de se aplicarem os seus princípios numa sociedade dotada de contradições e de interesses de classe.

Palavras-chave: Direito positivista; teoria do Estado; ordem econômica.

Introdução

No processo de fundamentação teórica e de consolidação dos pensamentos econômico-liberal-capitalista e jurídico-positivista, tratou-se de incorporar o que tinham em comum nos seus arcabouços ideológicos, ou seja, o espírito e a crença na existência de uma ordem natural, despojada da reflexão metafísica e deôntica. Uma realidade concebida enquanto normativista e providencial, transmitida ao inconsciente coletivo, como evento determinista e escatológico.

Entrementes, a crença na realidade enquanto categoria e expressão de uma ordem natural e inevitável obriga a rever a trama histórica e o discurso dessa simbologia ideológica e mítica, a doxa capitalista, fortemente sedimentada no plano cultural e moral da sociedade democrática liberal.

Dissecar o caráter simbólico e político do processo de institucionalização e de dominação sobre o Estado moderno torna-se um ato imperativo e imprescindível para buscar a compreensão do enredo ideológico do liberalismo mercadológico e do direito positivista, que, de forma

* Arte-Educador, Teólogo e Especialista em Direito Legislativo pela Unilegis; ex-Secretário das Comissões de Direitos Humanos e Minorias e de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados e Professor de Ética e Cidadania.

dogmática e fundamentalista, continuam a afirmar que o caminho e o alcance do desenvolvimento material e moral do homem moderno passam pela aceitação de uma cultura disciplinada pela divisão do trabalho e pela mística vigente, da “ordem e do progresso”, propugnada pela racionalidade tecno-burocrática e convalidada pela moral e ética calvinista, da submissão e do respeito à autoridade vigente.

Entender os meandros da temática proposta é de grande valia e pertinência, já que o novo quadro político internacional, redesenhado pela *Teoria do Estado Mínimo* nos anos 90 do século XX, reduziu drasticamente a função estatal a mera defensora do patrimônio público e da economia de mercado.

A década de 90 caracterizou-se pela supremacia da política neoliberal como fio condutor das demandas políticas e sociais. A ação dos Estados, sobretudo os ‘emergentes’, passou a ser determinada pelo discurso econômico e jurídico. Nunca antes, na história da humanidade, o fator econômico, convalidado pelo ordenamento jurídico positivista, havia-se sobreposto à própria condição e existência humanas.

A perplexidade diante do autoritarismo determinista, presente no discurso hegemônico da economia de mercado e do realismo jurídico liberal, levou à desconstrução do discurso oficial, tarefa que, por sua vez, tornou-se imprescindível à compreensão da base material e teórica das razões que justificam a supremacia da ordem econômica e judicial nas constituições liberais e nos parlamentos da Era Moderna.

Por entender e considerar que a realidade é um constructo idealizado e materializado na perspectiva da estratificação social, desmitificar o discurso oficial da dogmática capitalista e jurídica positivista, de caráter formalista-normativista, significa desnudar a fala oficial, fala esta nitidamente destinada a manter, via controle institucional, teológico e estatal, as demandas sociais, preterizadas pela ideologia do Estado Mínimo, a partir do fim da Guerra Fria.

A limitação sistêmica do conceito positivista e funcional da teoria do Estado moderno

O pensamento burguês ocidental insiste nos ensinamentos positivistas segundo os quais a Idade Moderna significou o rompimento com o modo de produção da economia feudal e o destronamento do absolutismo eclesiástico e político-estatal. Por essa concepção, depreende-se que, histórica e moralmente, a modernidade significou o fim da tirania dos governantes e dos

religiosos, o fim da intervenção filosófica e teológica na esfera pública e política e, por último, a consagração do indivíduo enquanto sujeito protagonista da própria história e do destino humano.

É verdade que a sociedade moderna teve a capacidade de sepultar todas as formas de absolutismo e intervencionismo da moldura medieval e feudalista. Não obstante, devemos ficar atentos a que a secularização da vida, do poder e da esfera pública não significou a planificação do exercício do poder político e econômico dentro do tecido social.

A alternância dos modelos civilizatórios, estatais e políticos, na trajetória e tradição ocidentais, obedece rigorosamente à noção de um Estado proclamado no idealismo platônico, no agostiniano e no calvinista, nos quais se afirma que a essência do Estado seria não um agrupamento de indivíduos semelhantes, mas desiguais, e de ações estratificadas, portanto, sendo impossível atender-lhes as demandas de forma isonômica, dada a crença na realidade predestinada e determinada.

O Estado moderno tornou-se uma representação simbólica e institucional do próprio antagonismo e dualismo existencial do ser humano. Contudo, esse impasse conceitual impõe-se diante do dilema de compreender que, ao mesmo tempo em que cedemos e transferimos o nosso direito de governar, recebemos desse mesmo Estado que, para garantir e assegurar a paz e a defesa comum, passe a usar da força e de todos os recursos, da maneira que considerar conveniente e providencial.

O dilema: quem governa quem? Sem considerar as contradições e a análise do estrato social, sempre ronda e ameaça a nossa liberdade esse estado de dúvida. A sociedade capitalista-liberal teve o mérito de demolir o palco da ontologia e do estamento medieval e feudalista, mas preservou, para si, o arquétipo estrutural desses precedentes históricos. O Estado moderno não escapa a essa ação contraditória, ora benfeitor, ora malfeitor da historicidade e existencialidade humanas.

O Estado capitalista incorporou, para si, uma moralidade racional e tecno-científica que, sedimentada no espírito do positivismo, continua a afirmar que a vida e a história reverberam nas ações políticas, econômicas e jurídicas, trilha orgânica e institucional sob o fio condutor de uma trajetória linear e progressiva.

A história e a realidade, delineadas pelos intelectuais representantes das aspirações da burguesia, transformam-se num desenvolver direcionado pelas exigências da ordem e do progresso. Consolida-se, assim, o princípio de uma ordem natural e sem envolvimento com a

História, em que qualquer mudança de percurso individual, social e político vai implicar uma transformação funcional ordenada, não comportando quaisquer alterações violentas e abruptas.

Essa mentalidade faz-se presente na história política e social, em especial na cultura das elites da América Latina. Nos anos 80 do século passado, durante o processo de democratização do Continente, os representantes dos regimes militares e das elites dominantes, fiéis seguidores da cartilha e da impostura positivista, exigiram que as transformações sociais, institucionais e políticas seguissem um ritmo *lento, gradual e consensual*.

A realidade do sujeito autônomo e histórico, estampada no Iluminismo, na Reforma Protestante e nos tratados de direitos humanos da história ocidental, esvaziou-se na medida em que a ordem econômica e jurídica se sobrepôs e ocupou o lugar da centralidade existencial e histórica da humanidade. O sujeito autônomo, perfilado pela moldura iluminista e pelos ideais do liberalismo, foi deslocado da condição de centralidade do paradigma moderno, sendo substituído pela supremacia da ordem econômica e jurídica positivista. Preterido nesse eixo civilizacional, passou a incorporar, na sua *psique* e existencialidade, o novo modo de produção econômica, tido como valor de referência na estruturação e na eticidade humanas.

Recorrendo à historicidade da tradição moderna, deve ser lembrada a importância das Revoluções Francesa e Industrial, que marcaram e determinaram os séculos XVIII e XIX nos planos político-ideológico e econômico. Enquanto a Revolução Francesa significou uma transformação e reelaboração da ontologia humana dentro da sociedade e do sistema estatal, a Revolução Industrial significou um conjunto de transformações na força produtiva e econômica, abrindo-se o terreno para a afirmação e consolidação do capitalismo, como modo de produção dominante, tendo a burguesia e o proletariado como novos atores sociais dessa renovada dinâmica de exploração.

Vale mencionar que, a partir da Revolução Industrial, consagra-se, na modernidade, o fenômeno da divisão social do trabalho. Desloca-se o eixo civilizacional da modernidade humanista, da centralidade humana, para a modernidade mercadológica marcada pelo fetiche dos objetos.

Do ponto de vista da nova ordem econômica, a burguesia vai impondo ao Estado e à sociedade, o princípio do *laissez-faire*, segundo o qual, a economia deve desenvolver-se de acordo com leis naturais, sem intervenção do Estado.

No entanto, o processo de consolidação da economia capitalista é acompanhado de desorganização e enfraquecimento do próprio trabalhador e do Estado moderno. Claus Offe afirma:

Uma das características da organização do trabalho capitalista é submeter a força de trabalho, tanto quanto possível, a uma orientação externa e a um controle externo integral (Offe, 1984, p. 19).

Pode-se afirmar que o controle externo das atividades laborais e da vida privada na sociedade de classes ou hierárquica tem sua vitalidade e vitaliciedade garantidas graças à concepção liberal do Estado moderno, conformado com precisão conceitual e epistemológica por Claus Offe, que o denomina Estado de direito parlamentar-democrático. O sistema político institucional da sociedade e do Estado capitalista caracteriza-se pela consagração do sistema econômico como independente do Estado e pelo monopólio da classe economicamente dominante sobre o sistema político convalidado pelo ordenamento jurídico. Nesse sentido, a tentativa de buscar configurar o que é o Estado, e seu conteúdo dentro do pensamento moderno, é uma tarefa contínua de desconstrução dos conceitos tradicionais.

O próprio Max Weber, ao definir o Estado como detentor do ‘monopólio da violência’, nada revela sobre a reflexão a respeito de quem a exerce e contra quem está dirigida. O conceito weberiano omite a questão das classes. O Estado weberiano é um Estado funcionalista com os traços e adornos da burguesia emergente.

Desse modo, ultrapassando a falácia do ordenamento biológico e ideológico da teoria liberal do Estado e a mera abstração conceitual e epistêmica, Karl Marx vai, finalmente, desmascarar o mito da neutralidade política, ao confrontá-lo, dizendo que o Estado é uma expressão da vontade humana e das classes dominantes, e que a sua ação logra eficácia graças ao discurso do determinismo econômico e jurídico.

A confiabilidade e a legitimidade de uma configuração consensual da teoria do Estado moderno esbarram na dualidade institucional e nos desafios de compatibilizar a complexidade social e a sua condição de representativo e formalístico. Fernando Paulo da Silva comprova essa contradição, argumentando que:

Toda esta extraordinária heterogeneidade civilizatória vem a ser reunida, controlada e dominada por um aparelho noológico (a religião de Estado). Este Estado centralizador, construtor e repressor, constitui um novo modo de

organização da complexidade a partir de um aparelho central, o qual vem a desenvolver-se segundo os princípios da hierarquia (a qual vem a ser imposta como um princípio geral de organização, o que ainda vem aumentar mais o aparelho coercitivo e repressivo do Estado) e a especialização do trabalho, contribuindo para a diferenciação da sociedade em classes, ao mesmo tempo que se molda na hierarquia diferenciadora (Silva, 1995, p.27-28).

Análise crítica do processo de constitucionalização do Estado Democrático

Ferdinand Lassalle, em sua prédica e tese sobre o poder constitucional, apresentadas na Associação Liberal-Progressista de Berlim, em 1862, afirmou que questões constitucionais não são questões jurídicas, monopólio segmentado, mas, sim, questões políticas.

A Constituição, portanto, é uma expressão da disputa pelo poder entre os atores sociais. Segundo Konrad Hesse, os atores sociais são:

O poder militar, representado pelas Forças Armadas, o poder social, representado pelos latifundiários, o poder econômico, representado pela grande indústria e pelo grande capital, e finalmente, ainda que não se equipare ao significado dos demais, o poder intelectual, representado pela consciência e pela cultura em geral. As relações fáticas resultantes da conjugação desses fatores constituem a força ativa determinante das leis e das instituições da sociedade, fazendo com que estas expressem, tão-somente, a correlação de forças que resulta dos fatores reais de poder; fatores esses que formam a Constituição real do país. Esse documento chamado Constituição – a Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (Hesse, 1991, p. 9).

Dessa maneira, a configuração e a sustentabilidade da normatividade constitucional, para além do fundamentalismo exegético, caracteriza-se por seu estrito vínculo contextual com o espírito cientificista, com o discurso liberal-individualista e com a cultura normativista e tecno-industrial.

A dogmática jurídica positivista², com a pretensão falaciosa da univocidade e do universalismo dos seus códigos, sofre o processo de crise de legitimidade e esgotamento, em razão de sua persistência na defesa do formalismo dicotômico entre Estado e sociedade, isso porque o senso jurídico e os discípulos da ciência normativa e dogmática, de natureza jurídico-positivista, têm uma história de íntima ligação com o *status quo*.

² Expressão usada por Luiz Alberto Warat ao definir a dogmática como “atividade que não apenas acredita produzir um conhecimento neutralizado ideologicamente, como também desvinculado de toda preocupação, seja de ordem sociológica, antropológica, econômica ou política”.

Karl Marx afirmou que a ordem jurídica é uma configuração determinante dos interesses da burguesia, pré-existent à própria instituição desta, ou seja, a propriedade privada e a manutenção de um estágio de dominação objetiva e racional.

O ideário de neutralidade científica e humana, como critério de aplicabilidade da lei, serve, prioritariamente, à acomodação das relações macro e microfísicas do poder. Luiz Alberto Warat, numa releitura de Foucault, de sua obra *Vontade de saber*, identifica-o como suporte da crítica ao saber e ao poder jurídico neutro:

Coloque-se a biopolítica como quinta razão da desumanização do homem moderno, isto é, desumanizado desde que a vida natural começou a ser incluída nos mecanismos e nos cálculos do poder estatal e no desenvolvimento triunfante do capitalismo, que precisa de corpos dóceis para obter esse triunfo genocida com que hoje se apresenta. Parece-me que não se pode perder de vista, também no terreno do direito, o valor da biopolítica como acontecimento fundacional. Todas as categorias com as quais atualmente se intenta pensar o Direito, e que foram fundadas na política jurídica moderna, são vinculadas ao horizonte biopolítico (Warat, 1997, p. 22).

Canotilho, contrapondo-se ao conceitualismo cartesiano, afirma que o princípio desse Estado constitucional se estreita essencialmente com a teoria da supremacia do Direito, uma vez que, na Era Moderna, a base teórica do Estado e da ação de seus governantes é a sujeição ao império das leis, ao lado da preservação da vida e da propriedade privada. A Era Moderna impõe-se, politicamente, por meio do princípio da inter-regulação entre os três poderes, sempre observando atentamente as contradições da ação estatal e as intenções do príncipe, governante ou soberano.

Deve-se reconhecer o componente de mérito na construção de um novo contrato social, ainda que presente a possibilidade de tirania e despotismo, levando-se em conta a supremacia da lógica individualista e do dogma positivista-constitucional.

A elaboração do Contrato Social, inspirado e idealizado por Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant e outros importantes liberais do século XIX, objetivou definir o Estado como guardião dos direitos e princípios fundamentais, direitos esses da tradição liberal, da liberdade individual, da livre expressão política e da livre iniciativa econômica, consagrando, assim, o processo de estatização da sociedade por meio da constitucionalização do Estado.

O mundo das representações, de inspiração burguesa liberal, corresponde a um determinado estágio do desenvolvimento social, oriundo da progressiva emergência e afirmação

triunfante do capitalismo industrial moderno e ocidental, conjunto de fenômenos variados que teorizaram a organização social a partir da afirmação de concepções radicadas na defesa do individualismo contratualista iluminista e que, por interação com o pensamento desse tempo, resultando no cientificismo, no legalismo e no formalismo, veio a produzir o positivismo jurídico.

Dessa forma, o Estado constitucional funde-se com o próprio significado da teoria do Estado contemporâneo, que se estrutura sob o império do liberalismo e do senso jurídico positivista. Os direitos fundamentais, identificados com o *status quo* vigente, são a garantia jurídica da sociedade burguesa, eis que a protegem de eventual ação autoritária do Estado e do déspota.

Entretanto, a eficácia desse novo Estado constitucional não estará restrita a si mesma. Trata-se de impor uma nova moldura a esse 'ente' moderno. O Estado necessitará desvencilhar-se da vontade do soberano e da transracionalidade popular para que se torne utópico e irrealizável. A idealização da Constituição como princípio basilar da formação do Estado moderno será um imperativo para o novo ordenamento jurídico.

A Constituição será o instrumento ideológico, simbólico e material de equilíbrio, de correlação e de tentativa de controle do tripé liberal, consubstanciado no indivíduo, no governante e no Estado. Pode-se afirmar que a modernidade promoverá o processo de constitucionalização do Estado e da esfera pública. A Constituição tornar-se-á a configuração político-ideológica de uma sociedade organizada. O Estado constitucionalista, portanto, consiste na divisão do poder, de modo que se impeça todo arbítrio do tirano.

Ressalte-se que o princípio constitucional do Estado moderno é o da pluralidade nas decisões e nos poderes soberanos, independentes e harmônicos, que se caracterizam na forma de governo. Porém, no entendimento dos defensores da teoria do tripartite, o equilíbrio constitucional não pode ser mantido, sem a primazia da Constituição, como princípio da correlação entre os três poderes.

Contrapondo-se a esse espírito conceitual positivista, o Estado constitucional, conforme definido por Canotilho, deveria ser um ente apriorístico que antecederse o letramento da Constituição, uma vez que é da cultura particular, da submissão ao mandamento constitucional, que extrai prática permanente de ação constitucional entre povos.

Canotilho, na sua refutação à falaciosa argumentação da defesa do princípio dogmático e fundamentalista de que o Estado constitucional é uma realidade empírica em si, afirma que isso não passa de um mito de idealidade, sem qualquer sustentação lógica e científica.

O Estado, como formação histórica de organização social, ética e jurídica, assume, definitivamente, a partir do liberalismo moderno, a estrutura formalística e constitucional. Um Estado que, fundamentalmente, se estrutura em conformidade com o poder jurídico, dependente do imperativo categórico do ‘dever ser’ e das leis.

No entanto, Canotilho rompe com a concepção tradicional e formalística dos liberais acerca do Estado constitucional, propondo condicionar a legitimidade desse Estado à radicalidade do espírito da democracia. Essa proposta impedirá quaisquer meios de manipulação e de autoritarismo das elites, no modo de governar.

Qualquer tentativa de cristalização e materialização do Estado constitucional de direito obrigará a sociedade a considerar o pluralismo cultural. O Estado constitucional de direito deve levar em conta a diversidade, as circunstâncias históricas e haverá de extrapolar a visão etnocêntrica ocidental.

Ainda Canotilho, ao desconstruir a tradicional definição de Estado constitucional, tenta ampliar o leque de sua existência, rompendo com a abstração conceitual dos liberais. Propõe ir além do formalismo moderno, ou seja, o Estado constitucional não deve ser apenas um Estado de direito formal; ao contrário, deve ser modelado pela contínua ação humana e pela dinâmica social, levando sua articulação existencial a organizar-se e a exercer-se em termos democráticos.

Nesse sentido, Canotilho traz-nos uma enorme contribuição ao afunilar a máxima conceitual de Estado constitucional, adicionando-lhe o elemento democracia como forma de travar os excessos e a tentação autoritária do poder instituído. De modo didático e imperativo, Canotilho enfatiza o risco da dogmatização do Estado constitucional:

Se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas. Uma delas é a legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; a outra é a legitimidade de uma ordem de domínio e de legitimação do exercício do poder político. O Estado impolítico do Estado de direito não dá resposta a esse último problema: de onde vem o poder? Só o princípio da soberania popular, segundo o qual, todo o poder vem do povo, assegura e garante o direito à igual participação na forma democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados, serve de “charneira” entre o “Estado de

direito” e o “Estado democrático”, possibilitando a compreensão da moderna fórmula: “Estado de direito democrático” (Canotilho, 1989).

Reflexão sobre o processo de judicialização do Estado democrático: A República tomada pelo Direito Positivista.

A judicialização do Estado democrático-liberal representativo implica sua apropriação pelo poder jurídico. O direito estatal vai assumindo proporções dantescas, de controle absoluto de todo o aparato institucional. O Estado moderno passa a ter o controle social e disciplinar pela normatividade do poder jurídico. O poder jurídico, na sociedade socialmente disciplinada e hierarquizada pela divisão do trabalho, vai desvencilhando-se de qualquer possibilidade de controle social.

O próprio funcionamento do Estado confunde-se com o funcionamento do Direito. O professor Ronald Ayres Lacerda, em seu artigo sobre *A crise do conhecimento jurídico na modernidade*, escudado na citação de Wolkmer, reafirma ao seu leitor que “a história do direito é a história de sua identificação com o poder do Estado, que visa regulamentação e a manutenção da força de uma formação social determinada, legitimando a ordem capitalista” (Lacerda, 1985, p. 57).

O poder jurídico moderno transformou-se num certificado de legitimação da aspiração do Estado moderno burguês, sem qualquer temor de sanção coletiva. O sujeito burocrático dessa complexa feição jurídica acha-se não abrangido pela rigidez do controle externo, salvo o controle interpoderes, que pouco resulta em eficácia institucional e ética.

O processo de judicialização significará a privatização do Estado democrático. O ideal de democracia representativa encontra-se ameaçado, na medida em que o poder jurídico toma o lugar das iniciativas dos movimentos sociais.

A burocratização e a estatização da esfera pública constituíram-se grandes equívocos do agir intencional dos ideólogos liberais, num contexto de afirmação da modernidade. O processo de limitação da coisa pública à esfera estatal produziu um grande fosso e distanciamento entre a sociedade e o Estado. Não resta dúvida de que a libertação do poder político e do poder econômico, fato que caracterizou a ruptura com o feudalismo, apontava para a divisão entre as

esferas pública e privada, num processo de deslocamento da coexistência entre sociedade e Estado, favorecendo a emancipação do poder judiciário.

Considerando que o desenvolvimento e a consolidação da sociedade moderna sofreram a influência da separação entre Estado e sociedade, Nuria Cunill não hesita em afirmar que essa separação não é definitiva, uma vez que é no âmbito privado-mercantil que a coisa pública encontra a originalidade da sua expressão.

A modernidade vive o momento da crise de seus próprios paradigmas. A propalada crise do valor jurídico é reflexo da crise dos paradigmas científicos e histórico-sociais, já que a teoria pura do direito kelseniano, determinante no âmbito jurídico, fundou-se no princípio da objetividade e do cartesianismo, impulsionado pelo capitalismo avançado, favorecido por conquistas tecnológicas de profundo impacto.

Para entender a pretensa imunidade do poder jurídico como guardião do Estado democrático, é de fundamental importância compreender um dos grandes ideólogos da produção do direito moderno: Hans Kelsen. Em seu tratado sobre a *teoria pura do Direito*, Hans Kelsen afirma que a pressuposta ‘ciência jurídica’ deve manter-se eqüidistante da sociologia jurídica, uma vez que, nessa esfera de análise, o objeto não é o próprio Direito, mas os fenômenos ou acontecimentos circundantes ao Direito.

Hans Kelsen tenta isolar o Direito de qualquer influência dos pressupostos filosóficos ou de sanções ético-morais. A autonomia do Direito teve como objetivo dar sustentação orgânica e burocrática a uma sociedade que trilhava para a racionalidade e o empirismo dogmático. O pressuposto básico de Kelsen assenta-se na idéia de norma por excelência, valorizando apenas a ordem jurídica auto-aplicativa, numa clara feição fundamentalista, onde o texto é condutor da própria realidade, acomodando a sociedade na perspectiva da ordem textual-jurídica.

A dogmática jurídica de Kelsen manifesta-se na medida em que os seus pressupostos teóricos estão fundamentados no conhecimento científico, especialmente no postulado de que é possível fazer separação radical entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível. Kelsen defende, ainda, que a ciência jurídica deve fornecer esquemas de interpretação de natureza exclusivamente jurídica dos fatos e restringir-se a um juízo de valor objetivo dos mesmos. Ou seja, o Direito busca consolidar-se na estrutura estatal como feixe do universo lingüístico peculiar, para muitos impenetrável, e de uma conformação burocrática adaptável às necessidades do Estado.

No entanto, Luiz Alberto Warat adverte que, na *teoria pura*:

Não se encontra devidamente esclarecido o duplo papel significativo que Kelsen atribui às normas jurídicas. Por um lado, elas são o sentido dos atos de vontade e, por outro, o objeto da ciência jurídica, que outorga sentido objetivo às normas, vistas como fatos empíricos do mundo do ser. Essa duplicidade significativa poderia ser esclarecida no momento em que aceitemos, em Kelsen, a dupla dimensionalidade da noção de língua. As normas, como expressões dos órgãos de autoridade, seriam um código que operaria como condição de sentido do ato (Warat, 2003, p. 22).

O processo de judicialização do Estado materializa-se na medida em que o Estado, ao ser considerado a única fonte de poder legítimo, recorre exclusivamente à ordem jurídica para a garantia de sua estrutura burocrática e institucional. A segurança do Estado democrático não repousa mais na atitude dialógica entre Estado e sociedade, mas no ordenamento jurídico, imposto como nova fonte de sua conservação.

O direito que se configura ao longo do processo civilizatório ocidental é o direito de defesa do Estado enquanto instituição pretensamente autônoma e imune. Não mais um Estado configurado no ideal democrático, mas “juridisciocrático”³.

Deve-se reconhecer que esse processo de judicialização do Estado ocorre em razão do esvaziamento da participação social na esfera pública, do declínio do homem político e do desencantamento com a política partidária e institucional. A demanda da supremacia da justiça, na aspiração societária, vem do desamparo político e da indiferença burocrática. O Direito passa a revelar-se como última reserva moral em uma sociedade que não mais a possui. O enfraquecimento do Estado diante da supremacia desproporcional da economia internacional e do espírito globalitário circunda o planeta. Num flagrante desprezo ao poder tutelar do Estado, multiplica-se a recorrência jurídica.

O crescente processo de aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, mas associado à própria dinâmica e aos dilemas das sociedades democráticas, como a descrença nas ações do Executivo e do Legislativo, pela incapacidade destes, de operar e atender as demandas sociais voltadas para a cidadania.

³ Resolvemos usar o neologismo “juridisciocrático” para tentar explicar a precisão da atual configuração do Estado moderno, que não se traduz mais na idéia clássica de democracia (poder do povo), mas na do exercício do poder e da conservação estatal por meio do burocratismo jurídico. Fala-se, com frequência, que a democracia e a própria República foram privatizadas pela ordem jurídica. O controle do Judiciário sobre a vida social é um fenômeno do processo civilizatório contemporâneo: enquanto o Executivo e o Legislativo submetem-se ao referendo por meio do voto, o Judiciário caminha para a autonomização de seus atos e decisões.

Também vale alertar que a opção da sociedade pela mediação dos poderes midiático e econômico, na condução da esfera público-estatal, deixa em segundo plano o papel tradicional do poder político formal, num raro precedente ameaçador ao equilíbrio das atribuições dos três poderes.

A superposição do poder Judiciário no controle dos processos legislativo e constitucional significa restringir a capacidade de atuação dos atores sociais no processo de participação do ideário de Estado democrático. A ascensão da Justiça está diretamente ligada ao fim da Guerra Fria e à internacionalização da economia de mercado. Para chegar-se à devida compreensão sobre a ascensão da Justiça como nova centralidade do poder estatal é imprescindível a recorrência às análises de Pachukants sobre a relação simétrica entre o discurso da circulação das mercadorias e a forma jurídica.

Pachukants, na elaboração teórica, busca desvendar a relação de determinadas formas do Direito com as formas da economia mercantil. Discorre sobre a relação entre Direito e capitalismo, que imediatamente pode ser desdobrada em outros tipos de convivência, como aquela entre as instituições e o capital, e também entre o Estado e a democracia.

Ao estudar a relação lingüística entre o Direito e o capitalismo, Pachukants conclui que a forma jurídica é uma produção econômica e social resultante do princípio da divisão do trabalho. Marcio Bilharinho Naves, por sua vez, destaca:

Em tal sociedade mercantil, o circuito das trocas exige a mediação jurídica, pois o valor de troca das mercadorias só se realiza se uma operação jurídica – o acordo de vontades equivalentes – for introduzida, estabelecendo uma forma que reproduz a equivalência, essa ‘primeira idéia puramente jurídica’ a que ele se refere (Naves, 1999, p. 57)

Assim, a hipótese da consolidação de um Estado moderno caricaturado pela ciência jurídica deve ser repelida, quando se sabe que Michel Foucault, em seu livro *Vigiar e punir*, nos mostra a estreita relação entre justiça e punição, num autêntico processo de mera manutenção do poder e de isolamento social. Quanto mais o Estado vier a apoiar-se na formalidade cartesiana e jurídica positivista, mais se burocratizará e distanciará das aspirações do conjunto da sociedade.

Além dessa advertência foucaultiana, deve ser posto em relevo que a atual configuração do Estado democrático de direito e o Estado totalitário podem ser considerados convergentes em alguns aspectos, no pressuposto de que crêem, por exemplo, numa ação linear e unilateral de puro

dogmatismo, resistindo a qualquer outra possibilidade, além da validade da verdade particular do cientificismo vulgar e superado.

Conclusão

Ao propor o desenvolvimento analítico e crítico de um tema extremamente complexo e polissêmico na sua concepção e interpretação, estivemos convictos de sua incompletude e das dificuldades de se formular um tratado enciclopédico consensual.

A crise dos paradigmas científicos das utopias messiânicas – a socialista e a liberal –, o desencantamento com o modelo representativo da política tradicional e o fim da Guerra Fria, culminando com a hegemonia da economia de mercado, provocaram o fenômeno da ascensão e da supremacia do poder jurídico como principal peça ontológica de legitimação da nova ordem econômica globalitária.

Esse fenômeno é resultante da derrocada dos diversos modelos de Estado totalitário, durante e após as Grandes Guerras. Tanto no leste-europeu, quanto nas denominadas ‘democracias européias’, o mundo ficou horrorizado com a tirania de seus governantes.

Da Alemanha de Hitler à América Latina dos generais, passando pelo comunismo estatal soviético, a sociedade moderna vivenciou as contradições desses Estados representativos, decantados nos ideais da modernidade.

Os generais latino-americanos, de reconhecida tirania, os déspotas do comunismo estatal e os agentes operadores da democracia liberal revelam um profundo comportamento simétrico. As diferenças foram apenas de ordem valorativa. A essência é a mesma: agiram em nome do povo (*demós*).

Observe-se que as ações desses atores diferenciaram-se apenas em adereços e estratégias políticas. O pano de fundo seguiu o mesmo roteiro da teoria do Estado representativo. Todos seguiam a cartilha de Montesquieu. Havia o tirano, o parlamento e o judiciário, e, como sempre, a submissão desses ao Executivo, num autêntico jogo de simulação e simbolismo constitucional. Todos falavam em nome da população, mas excluía-na do direito de opinar e das decisões governamentais. No sistema de Estado representativo, a população transformou-se em fantoche dos atos dos governantes.

Percebemos, no transcurso deste trabalho, que a teoria do Estado representativo encontra-se em questionamento nos debates acadêmicos e políticos, envolvendo o seu proceder frente à hegemonia do mercado e à crescente onda de exclusão social que, no entendimento do senso crítico, não pode continuar, sob pena de situar o Estado na condição de impotente e omissor, diante da tirania da economia de mercado e do monopólio jurídico.

Foi de suma importância recuperar analiticamente a dimensão ética e política do papel da democracia liberal que, no passado, deixou o legado da inserção do ser humano na centralidade da existência e dos condicionamentos históricos, e que, hoje, se sente ameaçado pelo livre trânsito das mercadorias. Foi igualmente importante entender que a decadência da democracia representativa, advinda da ilusão do exercício do poder e do controle social por intermédio do burocratismo estatal, não pode servir de pretexto à aceitação do fim da história ou do fim das ideologias, como se fossem ícones do fatalismo e do determinismo existencial.

É por meio da reflexão e da ação político-coletivista sobre a dimensão econômico-jurídico-social do modelo atual do Estado constitucional burguês que vamos detectar a necessidade de rever os postulados dos teóricos tradicionais, que mantêm a ordem vigente, e abrir a possibilidade de construção de novos paradigmas, na perspectiva de superação da cultura da indiferença civilizatória que permeia o imaginário social pós-moderno.

Reconhecemos que o Direito e a Economia transformaram o Estado em atividade minimalista e que a sociedade encontra-se social e corporalmente refém do estruturalismo econômico e judiciário. No entanto, toda a descrição analítica neste trabalho reafirma nossa convicção de que a doutrina jurídica positivista e o ordenamento econômico do mercado são ícones construídos e determinados pelo modo de produção de uma época.

Não se pode admitir que se perpetuem essas distorções, como se fossem realidade inevitável, irremediável e fatalista. Está nas mãos da humanidade, com sua infinita capacidade de superar, inventar e transformar, produzir um novo modelo de Estado que seja capaz de absorver a dinâmica existencial impulsionada atualmente pelos movimentos sociais e organizações não-governamentais: o terceiro setor.

Referências bibliográficas

AGUIAR, Roberto A.R. de. *Direito, poder e opressão*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1990.

BERGER, Peter e LUCKMANN, T. *A construção social da realidade*. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Livraria Almeida: 1989.

CASSIRER, Ernst. *Linguagem, mito e religião*. Lisboa: Rés Editora, s/d.

COMTE, Auguste. *O espírito positivo*. Lisboa: Rés Editora, s/d.

DURAND, Gilbert. *A imaginação simbólica*. São Paulo: Cultrix, 1995.

EAGLETON, Terry. *Ideologia*. São Paulo: Bomtempo, 1997.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia – o guardião das promessas*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

GRAU, Nuria Cunill. *Repensando o público através da sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, 1977.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

_____. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1984.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

KOSELLECK, Reinhardt. *Crítica e crise*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1999.

MARCUSE, Herbert. *Eros e civilização*. Uma interpretação filosófica do pensamento de Freud. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, s/d.

MELO, Adélio. *A aventura moderna das idéias: Descartes, Locke, Kant e Nietzsche*. Lisboa: Rés Editora, 2000.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao Direito*. Lisboa: Editora Estampa, 1994.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito – um estudo sobre Pachukants*. São Paulo: Bomtempo, 2000.

OFFE, Claus. *Problemas estruturais do Estado capitalista*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1984.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabra. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PRZEWORSKI, Adam. *Democracia e mercado no Leste Europeu e na América Latina*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

- ROSA, F.A. de Miranda. *Sociologia do Direito* – o fenômeno jurídico como fato social. 16. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder*: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica. 2. reimpr. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.
- SIQUEIRA, Ruy. Revista *Ethos*. Ano 1, nº 1, jan./jun., 2000.
- SUORDEM, Fernando Paulo da Silva. *O princípio da separação de poderes e os novos movimentos sociais* – A administração pública no Estado moderno: Entre as exigências de liberdade e organização. Coimbra: Editora Almedina, s/d.
- TODOROV, Tzvetan. *Teoria dos símbolos*. São Paulo: Editora Papirus, s/d.
- VOGT, Winfried; FRANK, Jürgen e OFFE, Claus. *Estado e capitalismo*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1980.
- WARAT, Luiz Alberto. *Introdução geral ao Direito vol. II: A epistemologia da modernidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editora, 1997.
- _____. *Introdução geral ao Direito vol. III: O direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997.
- WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 15 ed. Editora Pioneira: São Paulo, 2000.
- _____. *Economia e sociedade*. Brasília: Editora UnB, 1999. v. I e II.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. São Paulo: Saraiva, 2001.